Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

säumten Beweis nachbringen zu dürfen. Doch ist letzteres wegen Art. 293 des code de proc. civ. streitig.

Wird die Eidesleistung in dem hiezu anberaumten Termine versäumt, so wird der Eid ausgeschlossen und es hat gegen das Urtheil wie gegen jedes auf den Grund des Nichterscheinens (par défaut) erlassene Erkenntniß das Rechtsmittel der Einsprache statt.

Folgerechte Durchführung der Grundsätze, daß das Versäumte in jeder Instanz so lange nachgeholt werden kann, bis der Richter zum Spruche schreitet; daß Ausschließung des Versäumten nur soweit anzuordnen ist, damit ungerechtfertigte Verzögerung nicht stattfinden kann, und daß die durch Versäumung veranlaßten Kosten jedesmal dem Versäumenden zur Last fallen, dürften den französischen Prozeß vervollkommnen.

Daß ein Urtheil, welches gegen Jemand wegen Versäumung im Civilprozesse erlassen werden soll, eine gehörige Ladung und deren Zustellung voraussetzt, versteht sich von selbst. Aber ebenso klar ist, daß ohne Veranlassung des Gegners ein Ausspruch wegen Versäumung nicht stattfinden kann, indem der Richter dem Gegner den Sieg, welchen er vielleicht auf diese Weise nicht erringen will, nicht aufdringen kann und namentlich dann, wenn beide Theile im Termine zur Verhandlung oder zur Eidesleistung nicht erscheinen, die Möglichkeit, ja sogar einige Wahrscheinlichkeit gegeben ist, daß die Parteien sich verglichen haben oder doch richterliche Entscheidung nicht verlangen.

VIII.

Der Erwerb eines dinglichen Rechts in Folge einer Unterlassung.

Von

Herrn L. Bacher,

Rechtsconsulenten in Stuttgart.

Es ist allgemein zugestanden, daß der Begriff der Veräußerung sich aus folgenden Momenten zusammensetzt:

1) es muß ein schon erworbenes Vermögensrecht aufgegeben werden;

2) es muß dasselbe auf einen Andern übertragen werden.

3) es muß diese Uebertragung durch den Willen des Veräußernden bedingt und bestimmt sein.

Hiebei entsteht die interessante Frage, ob auch dann eine Veräußerung im technischen Sinn des Wortes vorhanden ist, wenn eine Erwerbung an und für sich einen Willensact von Seiten des Verlierenden nicht erfordert, aber im concreten Falle derselbe insofern mitwirkt, als der Verlierende absichtlich in den vor sich gehenden Erwerb nicht eingreift und dadurch denselben ermöglicht, während wenn er, was er konnte aber nicht wollte, in denselben eingegriffen hätte, die juristische Thatsache, die an und für sich zum Erwerb des Rechts sich eignet und eines positiven Willens nicht bedarf, nicht hätte wirksam werden können.

Um ein Beispiel hiefür zu geben, so ist die Ersitzung eine Erwerbsart bei der der Wille des durch die vollendete Ersitzung Verlierenden nicht in Betracht kommt; der dritte, welcher durch Verjährung erwirbt, hat sein Recht nicht durch den Willen des dieselbe Zulassenden, sondern durch die anderweitige selbstständige und unabhängig von der Absicht des Verlierenden wirkende Thatsache; es ist dieses Zulassen zwar eine negativ wirkende Potenz, insofern ohne dasselbe der Erwerb nicht möglich ist, aber es ist kein positiver sie bedingender Faktor.

Ist nun aber dieses Willensmoment doch vorhanden bei solchen juristischen zur Erwerbung führenden Thatsachen, so fragt es sich, was diese Concurrenz des Willens für einen rechtlichen Werth hat. Wir kommen dadurch zur Betrachtung einiger sehr schwieriger Quellenstellen, die einer mehrfachen Auslegung zugänglich sind.

Die l. 28 pr. dig. de V. S. (50, 16) **Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes** könnte nach ihrem Wortlaut zu der Ansicht führen, daß eine Veräußerung im technischen Sinn auch dann anzunehmen sei, wenn auch der Erwerb an und für sich nicht durch den Willen bedingt ist, sofern nur der-

jenige, der in den Gang der Erwerbung eingreifen könnte, es unterläßt und somit nur durch diese bewußte und gewollte Unterlassung, die die mittelbare Ursache des Verlustes ist, der Erwerb eintritt. Die l. 5, 6 donat. inter virum (24, 1) sagt: Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem, verum post divortium condici posse.

Die l. 3 §. 1 l. 4 quae in fraudem (42, 8) sagen: Gesta fraudationis causa accipere debemus, non solum ea, quae contrahens gesserit aliquis, verum etiam si forte data opera ad judicium non adsit, vel litem mori patiatur, vel a debitore non petat, ut tempore liberetur, aut usumfructum vel servitutem amittat.

Endlich gehört hieher die berühmte l. 44 pr. de donat. inter virum (24, 1), die also lautet: (Neratius) Si extraneus rem viri, ignorans ejus esse, ignoranti uxori ac ne viro quidem scidente, eam suam esse, donaverit, mulier recte eam usucapiet. Idemque juris erit si is qui in potestate viri erat, credens se patremfamilias esse, uxori patris donaverit. Sed si vir rescierit suam rem esse, prius quam usucapiatur, vindicareque eam poterit nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factae donationis ipsius mulieris scientia. Propius autem est, ut nullum acquisitioni dominii ejus afferat impedimentum, non enim omnimodo uxores ex bonis virorum sed ex causa donationis ab ipsis factae acquirere prohibitae sunt.

Die hier wörtlich angegebenen Stellen bilden das Quellenmaterial, aus welchem die Frage entschieden werden soll, was für einen Einfluß auf einen juristischen Erwerbsgrund, der an und für sich zur Erwerbung hinreichen würde, die hinzutretende Concurrenz desjenigen, der durch den Erwerb des dritten verlieren wird, haben dürfte? Die oben zuerst angegebene Stelle scheint ganz allgemein die Ansicht auszusprechen, daß durch die bewußte und absichtliche Zulassung eines derartigen Erwerbs eine wirkliche Veräußerung entstehe und wäre dieses richtig, so müßten somit alle in Beziehung auf Veräußerung bestehenden Gesetze

auf sie zur Anwendung kommen. Die Ansichten über diese Stelle gehen auseinander, Wächter würt. Privatrecht II. S. 641, z. B. sagt über sie: Wenn der Berechtigte die den Erwerb hindernde Handlung absichtlich unterläßt, um das Recht zu verlieren, so sei hier subjektiv d. h. in Beziehung auf ihn und seine Absicht eine Veräußerung vorhanden, dieß allein sage die citirte l. 28 pr. Savigny hingegen Bd. IV. S. 564 ff. bezieht diese Stelle auf bestimmte einzelne Fälle, den 2. Theil derselben auf den Fall, wenn ein Ehemann, der an einer Sache seiner Frau eine Servitut hat und diese absichtlich durch Nichtgebrauch untergehen läßt, so erwirbt zwar die Frau die Servitut, da aber die Frau bereichert ist, und die Ursache dieser Bereicherung entschieden und ausschließend in der Liberalität des Mannes liegt, so hat dieser gegen die Frau eine condictio, deren Gegenstand ohne Zweifel die Wiederherstellung der Servitut oder die Bezahlung derselben ist l. 5 §. 6 de donat. (24, 1); ferner bezieht er sie auf den Fall, wenn ein insolventer Schuldner die Servitut absichtlich untergehen läßt l. 3 §. 1 l. 4 quae in fr. (42, 8). Den ersten Theil der Stelle hingegen bezieht er auf Fälle, wenn ein Ehemann von seiner Frau ein Landgut, das gerade von einem Fremden besessen wurde, als Dos erhielt, was durch Mancipation auch bei fehlendem Besitz vollständig bewirkt werden konnte; in diesem Fall hatte der Mann das Recht und zugleich die Verpflichtung das Landgut von dem dritten Besitzer zu vindiciren, unterläßt er dieses, so daß durch Usukapion jenes Besitzers das Eigenthum verloren ging, so war der Mann seiner Frau für diesen Verlust verantwortlich, es müßte denn die Usukapion so kurz nach der Mancipation vollendet gewesen sein, daß die unterlassene Vindikation nicht als Nachlässigkeit angerechnet werden konnte. Savigny l. c. S. 568 u. 569.

Soviel steht nun fest, daß der Ausspruch der l. 28 cit. in seiner Allgemeinheit unrichtig ist, denn wäre eine Ersitzung in der bestimmten Weise eine Veräußerung im technischen Sinn des Worts, so würde die l. 1 pr. und die l. 16 de fundo dotali im Widerspruch mit den sonstigen Grundsätzen über Unveräußerlichkeit des fundus dotalis stehen. Die l. 1 pr. sagt nämlich: Interdum lex Julia de fundo dotali cessat, si ob id quod

maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possesionem dotalis praedii, deinde jussus sit possidere, hic enim dominus vicinus fit, quia haec alienatio non est voluntaria.

In dieser Stelle liegt, wie Savigny l. c. richtig bemerkt, daß die bloße Nichthinderung der Uebertragung bei der Usukapion als eine Verletzung des Veräußerungsverbots nicht betrachtet werden kann. Zwar wird in der allegirten Stelle auch der Ausdruck alienatio gebraucht, (wie die Worte von est voluntaria angesehen sind, s. Savigny l. c. in der Anmerkung c.), allein offenbar nicht im streng juristischen sondern in einem vulgären Sinn. Wir glauben daher zu dem Resultat gelangen zu müssen, daß unsere Quellen die Ausdrücke alienare und alienatio in einem allgemeinen und in einem engern Sinn gebrauchen, unter ersterem verstehen sie einen Erwerb, der, wenn auch nicht durch einen Willensact bestimmt, doch durch einen solchen indirekt hervorgerufen wird, unter letzterem verstehen sie denjenigen Erwerb, der durch ein Rechtsgeschäft nothwendig und absolut bestimmt wird. Die in der l. 28 cit. gegebene Definition betrachten wir demgemäß als einen doktrinellen Versuch den allgemeinen Begriff der Alienatio zu fixiren und keineswegs als einen Ausdruck für den technischen Veräußerungsbegriff. Es ist bekannt, daß dieser Titel de V. S. viele Begriffsbestimmungen enthält, welche mit den im Gesetzbuch selbst enthaltenen Detailausführungen und praktischen Sätzen, wie sie in ihrer Einzelheit vorkommen, in Widerstreit gerathen, da die Röm. Juristen wenig darauf ausgingen, vollkommen zulängliche und adäquate Definitionen zu geben, sie vielmehr selbst es aussprechen, daß sie das Recht nicht aus der Regel nehmen, sondern umgekehrt letztere ersterem nachstehen müsse. l. 1 de R. J. 51, 17: regula est, quae rem, quae est breviter enarrat; non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat. Es besteht, wie Ihering in s. Geiste des Röm. Rechts sich ausdrückt, zwischen dem objektiven Recht und seiner Fassung in Form von Rechtssätzen keine vollständige Congruenz. Besonders beachtenswerth ist nun aber auch die l. 16 dig. de fund. dot. 23, 5 welche also lautet: Si fundum quem Titius

bona fide possidebat et longi temporis possessione poterat sibi quaerere, mulier ut suum marito dedit in dotem, eumque petere neglexerit vir, quum id facere posset, rem periculi sui fecit. Nam licet lex Julia, quae vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad hujusmodi acquisitionem, non tamen interpellat eam possessionem quae per longum tempus fit, si ante quam constitueretur dotalis fundus, jam coeperat. Plane si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possesionem superfuerunt nihil erit quod imputetur marito.

Diese Stelle spricht von dem Falle, daß eine Frau ihrem Manne ein Grundstück als dos bestellt, das ein dritter im Usukapionsbesitz hat, sie bestimmt, daß die Usukapion dadurch nicht unterbrochen wird, da dieselbe schon vor der Bestellung desselben zur dos begonnen hat, trotzdem daß sich das Veräußerungsverbot des fundus dotalis auch auf Usukapionen bezieht, aber nur dann, wenn dieselben nach der Dosbestellung beginnen, es wird demnach vorausgesetzt, daß nach Constituirung der Dos das Grundstück, das ihren Gegenstand bildet, in dritte Hände kommt. Diese Bestimmung ist vollkommen gerechtfertigt, da nur die während der Ehe stattfindenden Veräußerungen durch dieses Verbot der l. julia getroffen werden sollen, nicht aber solche, welche ganz oder theilweise vor der Ehe schon vor sich gehen. Hiebei entsteht nun die Frage, ob im letztern Falle, wenn die Usukapion des fundus dotalis nach bestellter Dos erst beginnt und sich vollendet, eine Veräußerung im technischen Sinn angenommen wurde und anzunehmen ist. Die angeführte Stelle sagt: nam licet lex Julia quae vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad hujusmodi acquisitionem und so könnte es scheinen, daß auch der Erwerb durch Ersitzung zur Veräußerung gerechnet wird, es fragt sich nur, ob der Jurist blos den Fall im Auge hat, daß der Ehemann die Ersitzung zuläßt oder ob er auch den Fall unter der Veräußerung begreift, wenn ein dritter ohne Wissen des Ehemanns einen Dotalfundus im Usukapionsbesitz hat? Jedenfalls ist gewiß, daß durch das in Folge der lex Julia eingeführte Veräußerungsverbot auch ein Usukapionsverbot ausgesprochen ist

Nun gebraucht das Edikt den Ausdruck alienare für den ganzen Umfang des Veräußerungsverbots, so daß es scheint als ob auch die Usukapion, ob sie mit oder ohne Wissen des Ehemanns erfolgt, als Veräußerung angesehen werden müßte. Allein gerade der Umstand, daß das Veräußerungsverbot auch auf solche Fälle der Usukapion sich bezieht, dürfte zur Annahme führen, daß die Röm. Juristen demselben eine Ausdehnung gegeben haben, die über den Wortlaut des Edikts hinausgeht und daß wir deßhalb nicht sagen können, daß schon in dem alienare das Verbot der Usukapion an sich enthalten ist und war. Denn darüber kann kein Zweifel sein, daß unter Veräußerung jedenfalls nicht die ohne stillschweigende Zulassung erfolgende Ersitzung verstanden werden kann und darf. Es ist daher das Resultat, daß die angeführte Stelle nichts dafür beweist, daß unter Veräußerung auch ein ohne einen Willensact stattfindender Erwerb begriffen ist.

Was nun die l. 44 dig. de donat. inter vir. (24, 1) anbelangt, so herrscht über die Auslegung derselben sehr viel Streit, der Punkt, um den sich derselbe dreht, besteht darin, ob ein Ehemann, der von der Frau seine Sache usukapiren lasse, dadurch eine unerlaubte Schenkung vornehme? Bevor wir nun auf die Stelle selbst eingehen, wollen wir diese Frage aus sonstigen Grundsätzen zu entscheiden suchen. Wir haben oben gesehen, daß die Zulassung einer Usukapion, die von Seiten des Verlierenden verhindert werden könnte, keine Veräußerung involvirt und weil zur Schenkung eine Veräußerung gehört, so kann auch in derselben eine Schenkung nicht gefunden werden. Da aber auf diese Weise das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten leicht umgangen werden kann und da offenbar in einer solchen Unterlassung ein in legis fraudem Handeln gesehen werden muß, so folgt daraus, das der Erwerb zwar stattfindet, aber wegen des darin liegenden fraudulösen Verstoßes gegen das Gesetz kann der gemachte Erwerb durch eine Klage wieder rückgängig gemacht werden. Hiefür sprechen zunächst folgende Stellen, deren Inhalt unbestritten ist: l. 5 §. 6 dig. de donat. inter virum et uxorem (24, 1). Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur; puto amitti servitutem, verum post

divortium condici posse. §. 7 eod. Si uxor vel maritus exceptione quadam donationis causa summoveri voluerit, facta a judice absolutione, valebit quidem sententia, sed condicetur ei, cui donatum est.

Aus diesen beiden Stellen geht unbestreitbar hervor, daß wenn ein Ehegatte eine Servitut in der Absicht zu schenken, nicht ausübt, dieselbe trotz dieser Absicht verloren geht, daß hingegen dieselbe condicirt werden kann; ebenso kann ein Recht, das nur durch in Schenkungsabsicht geschehene Unterlassung der Vorschützung einer Einrede von Seiten eines Ehegatten richterlich anerkannt worden ist, durch eine Condictio illuseriſch gemacht werden. In beiden Fällen wird also der Erwerb zwar an und für sich gemacht ipso jure, aber wegen der Schenkungsabsicht die denselben allein ins Leben ruft wieder rescindirt. Diese Entscheidung ist aber vollständig sachgemäß, zumal im ersteren Fall, da der Verlust der Servitut auch ohne einen Willensact eintritt und diese von selbst sich ergebende juristische Thatsache, deren Wirksamkeit gegen das Verhalten des Willens indifferent ist, auch nicht beeinträchtigt werden kann, dadurch daß ein sie begünstigender Wille vorliegt, der für sie ganz irrelevant ist. Konsequenter Weise sollte man nun in dem Falle, wenn ein Ehegatte die Ersitzung einer Sache in Schenkungsabsicht zuläßt, dasselbe behaupten, daß der Erwerb zwar stattfindet, daß aber eine Klage auf Zurückgabe des Ersessenen bestehe. Savigny der sich l. c. S. 571 ff. mit diesem Falle beschäftigt, unterscheidet dreierlei a) der Mann allein entdeckt, daß er Eigenthümer ist, verschweigt es aber seiner Frau und läßt die Usukapion ablaufen um die Frau zu bereichern. Er untersucht nun zuerst, ob hier eine wahre Schenkung vorliege; er verneint dieß, aber aus Gründen, mit denen wir uns nicht einverstanden erklären können. Er leugnet nämlich, daß die Usukapion nicht unterbrochen werde, aus dem Grunde, weil die Vindikation den Ablauf der früher angefangenen Usukapion niemals unterbreche, sondern nur dem Kläger das Recht gebe, wenn der Richter die Klage gegründet findet, die Rückgabe des einstweilen wirklich verlorenen Eigenthums zu fordern. Allein dieser für das vorjustinianeische Recht richtige Satz ist

durch Justinian aufgehoben, wie C. G. Wächter in s. Erörterungen 3. Heft S. 162 ff. auf überzeugende Weise nachgewiesen hat; somit kann dieser Grund nicht zutreffen. Viel richtiger scheint es mir, in diesem Falle eine Schenkung deßhalb nicht anzunehmen, weil dieselbe das Bewußtsein von Seiten des Beschenkten, daß er beschenkt wurde, voraussetzt. Zwar stoßen wir hierdurch wieder auf eine neue Controverse, ob zu einer giltigen Schenkung eine Willenseinigung erforderlich sei. Savigny l. c. S. 146 ff. bekennt sich zu der Ansicht, daß der Empfänger des Geschenks kein Bewußtsein davon haben muß, daß er beschenkt werde und daß trotz der Abwesenheit dieses Bewußtseins eine wahre Schenkung zur Existenz komme. Allein die Gründe, die Savigny vorbringt, erscheinen uns nicht stichhaltig. Die Stellen, die er für seine Ansicht anführt, bestehen a) in l. 10 dig. de donat. (39, 5). Allein diese Stelle spricht nicht davon, ob die Schenkung im Augenblick der mit der Absicht des alsbaldigen Eigenthumserwerbs erfolgten Uebergabe an den Sklaven perfekt ist, sondern nur, daß das Eigenthum durch den Sklaven für den Herrn erworben werde; der Eingang der Stelle sagt ausdrücklich, daß wenn der Beschenkte es nicht wisse, daß ihm ein Geschenk gemacht werde, so wird er nicht Eigenthümer der beschenkten Sache und somit ist auch noch keine Schenkung vorhanden; b) was sodann die Stellen anbelangt, auf die sich Savigny aus der Lehre von der dos beruft, so beweisen dieselben deßhalb nichts, weil die Bestellung einer Dos von den Römischen Juristen günstiger und freier behandelt wurde; sie ist ein exceptionelles Verhältniß, das nicht zu weitern Folgerungen verwendet werden kann. So sagt die l. 9 §. 1 dig. de jure dotium ausdrücklich: sed benignius est favore dotium necessitatem imponi heredi, consentire ei quod defunctus fecit aut si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo, dominium ad maritum ipso jure transferri, ne mulier maneat indotata und gerade aus diesem Grunde können die auf die Schenkung einer dos bezüglichen Stellen nicht angeführt werden, da sie eine Singularität bilden. Eine weitere Ausnahme hinsichtlich der dos besteht ja auch darin, daß die Schenkung einer dos von Seiten eines Fremden gar keiner

Insinuation bedarf l. 31 pr. Cod. de jure dotium (5, 12). Es scheint daher auch viel richtiger zu sein, in dem Geben einer dos gar keine wahre Schenkung zu sehen, da gerade die Eigenthümlichkeiten, die die wahre Schenkung hat, bei ihr nicht gelten. c) Auch die Stellen, in denen Jemand donationis caussa eine Schuld vor Gericht eingesteht, bez. eine die Schuld vernichtende Einrede nicht vorschützt, beweisen für Savigny's Ansicht nichts; denn die dafür angeführten l. 5 §. 6 dig. de d. inter. virum et uxorem l. 29 cit. dig. de donat (39, 5) enthalten nichts darüber, ob Willenseinigung nothwendig sei oder nicht.

Der §. 1 der l. 29 dig. de donat. handelt von dem Fall, daß Jemand in jure die bestehende Schuld seines Vormunds gegenüber den Erben donationis causa ableugnet und daß der Jurist eine solche confessio in jure vollkommen bindend findet. Denken wir uns den Fall praktisch, der, wie Savigny richtig bemerkt, wohl selten vorkommen wird, so wird der Beklagte, der interrogirt mit einer solchen Erklärung alsbald einverstanden sein und somit haben wir hier die von uns als wesentlich geforderte Willensübereinstimmung; d) die l. 14 dig. de donat. (39, 5) sagt nur, wenn Einer das Landgut eines Andern unentgeltlich bestellt, so habe er kein Retentionsrecht wegen des Aufwands, weil er die eingebrachten Sachen alsbald dem Eigenthümer des Grundstücks erwerbe; ebenso spricht die l. 2 cod. de R. V. nur davon, daß Jemand auf des Andern Boden ein Haus baut donandi animo, aber in beiden Stellen ist nichts darüber enthalten, ob eine Willenseinigung erforderlich sei, um diese beabsichtigte Schenkung perfekt zu machen; e) Was endlich den Fall anbelangt, wenn Jemand für einen Andern seine Schulden bezahlt bez. sie übernimmt, um ihm damit ein Geschenk zu machen, so kann hierin unter Umständen selbstverständlich eine wahre Schenkung liegen, wenn der ursprüngliche Schuldner von der Absicht weiß und damit einverstanden ist, aber die von Savigny angeführten Stellen geben keinen Beweis an die Hand, daß das Wissen des befreit werden wollenden Schuldners für die Existenz einer Schenkung unerheblich sei. Die 91 dig. de solut. (46, 3). l. 8 in fine de nov. (46, 2) l. 13 §. 10 de accept. (46, 4) sprechen den Satz aus, daß auch gegen

den Willen des Schuldners eine Zahlung bez. eine Expromissio erfolgen kann; allein die Gesetzesstellen die eine Schenkung in diesem Falle annehmen, lassen gar keinen Zweifel, daß der Beschenkte von der Schenkung wußte. l. 21 pr. de donat. (39, 5); l. 5 §. 5 de d. except. (44, 4); l. 33 de nov. (46, 2).

Wenn nun Savigny sich für seine Ansicht, daß in den genannten Fällen, auch wenn eine Annahme von Seiten des Beschenkten nicht stattgefunden hat, eine wahre Schenkung vorliege, darauf stützt, daß sonst alle Beschränkungen die für die Schenkung ausgeführt worden seien, illusorisch werden würden, so ist diese Besorgniß einmal factisch in der Regel nicht zutreffend, denn in den meisten Fällen wird doch ein Wissen und Uebereinstimmung vorhanden sein, sodann aber reichen unsere gesetzlichen Bestimmungen über Handeln in fraudem legis vollkommen hin, um derartige Fälle zu treffen und sie wirkungslos zu machen. Denn überall wo zwar äußerlich das verbotene Rechtsgeschäft nicht vorliegt, wo aber das der äußern Erscheinung sich darbietende in Wahrheit doch nichts anders ist als eine absichtlich zur Umgehung des verbotenen Geschäfts gewählte Form, greifen die Bestimmungen ein, welche ein derartiges Geschäft nicht gelten lassen. Zwar beruft sich Savigny zur Erhärtung seiner Ansicht noch auf einige Stellen, welche ausdrücklich anerkennen, daß jede für einen Ehegatten gezahlte Schuld dem allgemeinen Schenkungsverbot in der Ehe allerdings unterworfen sei; ebenso auch jede für einen Ehegatten vorgenommene Expromission. Allein die l. 7 §. 7 de donat. i. v. et ux., auf die sich Savigny beruft, beweist nicht das, was er damit beweisen will; sie spricht von dem Fall: wenn eine Frau eine Sache kauft und ihr Gatte den Preis dafür zahlt, so kann er den ganzen Preis zurückverlangen da sie auf das Ganze bereichert ist, gerade so wie eine Frau eine Sache kauft, sie schuldig bleibt, und der Mann sie nachher von dem Verkäufer befreit. Allein diese Stelle enthält nichts darüber, ob in diesem Fall eine Schenkung erst dann zu Stande kommt, wenn die Frau davon erfährt und einwilligt. Ebenso gibt uns die l. 5 §. 4 eod. keinen Aufschluß darüber, ob die Einwilligung des Mannes

nothwendig ist zu der hier besprochenen Expromission um sie als Schenkung bezeichnen zu können. Sind somit die von Savigny angeführten Beweisgründe nicht hinreichend, so stehen der diesseitigen Ansicht noch bestimmte positive Belege zu Gebote. Zu diesen gehören die l. 19 §. 2 h. t. non potest liberalitas nolenti acquiri l. 10 dig. de donat. (39, 5) l. 55 dig. de oblig. et act. (44, 7). In omnibus rebus quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium. Nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi sit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest, sowie die c. 16 cod. de jure delib. nec emere nec donatum assequi nec damnosam quisque hereditatem adire compellitur.

Das Resultat unserer Untersuchung besteht darin, daß in dem ersten von Savigny gesetzten Fall eine Schenkung deßhalb schon nicht existirt, weil das Wissen und das Wollen der Frau fehlt. Richtig ist hingegen, daß die Usukapion vor sich geht und die Frau die Sache durch dieselbe erwirbt; aber unrichtig ist es, wenn Savigny das Rückforderungsrecht des Mannes bestreitet. Für dieses spricht die Analogie der durch versäumte Ausübung verlorenen Servitut und der Umstand, daß auch hier ein Handeln in legis fraudem sich kund gibt, so daß eine Umstoßung der beabsichtigten Schenkung möglich sein muß. Zwar läßt Savigny l. c. S 573—574 die Analogie der Servituten nicht gelten, weil bei diesen der Untergang die nothwendige und ausschließende Folge der Versäumniß sei, bei der Usukapion nicht. Allein einmal muß er selbst zugeben, daß bei den Servitutes praediorum urbanorum dieß nicht zutrifft, da hier neben dem non usus auch noch eine besondere libertatis usucapio gefordert wird l. 32 §. 1 de servit. praed. urb. (8, 2). Außerdem aber führt er aus, daß die Usukapion ungeachtet der Versäumniß verhindert werden könne, wenn nämlich die Frau durch Zufall den Besitz verliert oder daß umgekehrt die Gefahr des Verlustes nicht nothwendig abgewendet werde durch die Vorsicht des Mannes: denn wenn er auch vindicire, könne er doch den Prozeß verlieren

durch Mangel an Beweismitteln, sowie durch Irrthum oder bösen Willen des Richters; diese Unterlassung des Mannes sei also nicht, sowie der Nichtgebrauch der Servitut, unfehlbare Zuwendung eines Vermögensvortheils, folglich sei auch kein Grund zu einer Condiktion vorhanden. Diese ganze Argumentation scheint uns großen Bedenken zu unterliegen. Sie geht offenbar von einer sehr abstrakten Anschauung aus, die alle mögliche Eventualitäten, die abgesehen von der geschehenen Unterlassung noch den Verlust des Eigenthums bez. die Erhaltung desselben möglich machen, ins Auge faßt und daraus folgert, daß wegen diesen abstrakten Möglichkeiten keine Condiktio gegeben werden könne, da das juristische Wesen der Schenkung nur da angenommen werden könne, wo die Bereicherung aus dem Thun oder Lassen des Gebers nothwendig und ausschließend folge, so daß sie unter Voraussetzung eines entgegengesetzten Verfahrens unfehlbar unterblieben wäre. Allein dieß ist entschieden schief. Denn wenn man auf solche Möglichkeiten Rücksicht nehmen wollte, so könnte in sehr vielen Fällen, in welchen zweifelsohne eine Schenkung besteht, dieselbe in Abrede gezogen werden. Nehmen wir z. B. den Fall, daß ein Ehegatte seiner nicht bei ihm wohnenden Frau eine Geschenk macht, das wenn er es nicht gemacht hätte, durch Zufall bei ihm untergegangen wäre, so liegt doch eine Schenkung vor, obgleich ein eigentlicher Verlust auf Seiten des Mannes nicht eingetreten ist. Noch schlagender ist der Fall, wenn der Kläger seine Klage absichtlich durch eine Exception des Beklagten entkräften läßt oder wenn der Beklagte eine ihm zustehende Exception nicht vorbringt l. 3 §. 1 quae in fraud. (42, 8) l. 5 §. 7 de donat. inter. vir. (24, 1).

In diesen Fällen wird eine wahre Schenkung angenommen, obgleich auch hier der Verlust des Rechts auch ohnedem durch Irrthum des Richters u. s. w. eintreten könnte. Eine weitere Analogie bietet l. 3 §. 1 quae in fraudem (42, 8) und die l. 1 §. 7 u. 8 si quod in fraud. (38, 5), welche Stellen die actio Pauliana gegen den befreiten Beklagten zulassen, wenn ein insolventer Schuldner die ihm zustehende Klage durch Verjährung untergehen läßt. Zwar behauptet Savigny, diese Ana-

logie sei nicht entscheidend, weil bei der erwähnten Klage eine größerere Strenge durch die Unredlichkeit des Schuldners wohl gerechtfertigt werden könne; allein dieser Grund trifft nicht zu, da auch in dem voraus behandelten Falle eine Unredlichkeit dadurch begangen wird, daß, um ein absolutes Verbot zu umgehen, eine Unterlassung sich der Schenker zu Schulden kommen läßt. Das Facit unserer Erörterung besteht somit darin, daß wenn ein Ehemann seine Frau eine Sache, die er als die seinige kennt, usurpiren läßt, um ihr einen Erwerb zu verschaffen, so existirt zwar keine Schenkung, die Usukapion tritt ein, das Erworbene aber kann zurückgefordert werden, weil in legis fraudem gehandelt worden ist. Es ließe sich noch gegen die Zulässigkeit einer Condiktio einwenden, daß doch derjenige, der in legis fraudem handelt, nicht berechtigt sein kann, das Gegebene zurückzufordern und seiner Klage müsse eine exceptio doli opponirt werden können; allein das aus allgemeinen Gründen eingeführte Verbot der Schenkungen zwischen Ehegatten steht über dem Willen der letztern und ist ein so absolutes, daß der Wille der dabei Handelnden nicht in Betracht kommt.

Wenden wir uns nun zu dem 2) Fall, daß die Frau allein das Eigenthum des Mannes entdeckt, so wird durch diese Entdeckung nach kanonischem Rechte die Usukapion ausgeschlossen und erledigt sich dieser Fall hiedurch 3) wenn beide Ehegatten zugleich das Eigenthum des Mannes erfahren und über die Fortsetzung des Besitzes und der Usukapion einverstanden sind. Daß auf dem Standpunkte des kanonischen Rechts dießfalls eine Unterbrechung der Ersitzung bez. deren Unmöglichkeit eintritt, leugnet Savigny, indem er behauptet, an ein unredliches Bewußtsein der Frau lasse sich deßhalb nicht denken, da der Eigenthümer in die Fortsetzung des Besitzes einwillige. Allein es fragt sich sehr, ob dieses Moment hinreicht um die Fortdauer der bona fides behaupten zu können. Der Begriff der letztern scheint mir am prägnantesten ausgesprochen zu sein in der l. 109 de V. S. (50, 16), die also lautet: Bonae fidei emtor esse videtur qui ignoravit eam rem alienam esse: sowie in der l. 2 §. 1 dig. pro emtore (41, 4) separata est causa possessionis et usucapionis nam vere dicitur quis

emisse licet mala fide, quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emtore possidet licet usu non capiat.

Aus diesen Stellen geht entschieden hervor, daß die bona fides in dem Mangel des Bewußtseins eines fremden Rechts besteht, und daß dieselbe in dem Augenblick aufhört, wo dieses Bewußtsein eintritt; sie ist nichts Anderes als die Negation des Wissens um das fremde Recht und verschwindet sobald der Betreffende über seinen Irrthum aufgeklärt wird. Hieraus folgt, daß der Umstand dabei nichts verfangen kann, daß der andere Theil nachdem diese Klärung stattgefunden hat, gegen die Fortdauer des Besitzes nichts einwendet, vielmehr ist die Thatsache des Wissens oder Nichtwissens allein maßgebend, ob Jemand im guten Glauben ist oder nicht, mag der Besitzende auch nachdem er von dem Sachverhältniß Wissenschaft erhalten hat, auch mit Einwilligung des Andern die Sache weiter besitzen, jedenfalls ist er nicht mehr gutgläubiger Besitzer und kann deßhalb nach kanonischem Recht nicht mehr ersitzen, denn der Umstand, daß der dritte in dessen Besitz einwilligt, kann doch dessen Bewußtsein nicht alteriren und gewissermaßen dasselbe aufheben. Wir müssen daher vom Standpunkt des kanonischen Rechts in dem Falle, wenn beide Ehegatten nach begonnener Ersitzung Kunde von dem Eigenthum bekommen, behaupten, daß die Verjährung nicht mehr möglich sei wegen der mala fides superveniens. Betrachten wir nun den Fall, abgesehen von dieser Modification des kanon. Rechts, nur nach röm. Recht, das eine erst nachfolgende mala fides bei der Usukapion wirkungslos läßt, so müssen wir entsprechend unseren bisherigen Entscheidungen den Satz aufstellen, daß die Usukapion vor sich geht, daß hingegen wegen der darin liegenden Umgehung des Schenkungsverbots bezüglich der Ehegatten der durch Ersitzung gemachte Erwerb condicirt werden kann.

Savigny hingegen behauptet für diesen Fall, daß die verbotene Schenkung als Hinderniß eintrete, wodurch die Usukapion ausgeschlossen werde. Er legt sich diese Ansicht dadurch zu recht: es sei hier so zu betrachten, als hätte die Frau die Sache ihrem Manne zurückgegeben und unmittelbar aus seinen Händen wieder zu empfangen. Allein dieser Gedanke ist gekünstelt

und willkürlich, einmal ist er nirgends entfernt angedeutet, denn die von ihm angezogene Analogie des Besitzers einer fremden Sache, der mit dem Willen des Eigenthümers an derselben durch ein constitutum possessorium Eigenthum erwirbt, läßt sich nicht mit unserm Fall vergleichen, in welchem die Frau, wie Savigny selbst sagt, nicht das Eigenthum an der Sache sondern nur eine neue pro donato usucapio erwerben würde, wenn nicht diese Schenkung als nichtige Handlung zur justa causa gänzlich untauglich würde; es würde hier das constitutum possessorium mit unmittelbar darauf folgender brevi manu traditio dazu angewendet, um einen Besitzer wieder zum Besitzer zu machen.

Diese Entscheidung des 3. Falls hat Savigny wegen einer Stelle gegeben, deren nähere Würdigung uns nun obliegt und die uns das Resultat, wenn uns nicht alles täuscht, liefern wird, daß diese Entscheidung nicht nothwendig ist, sondern daß dieselbe einen Inhalt hat, wie er mit den sonstigen von uns gegebenen Ansichten harmonirt. Die Stelle lautet wörtlich, soweit sie hieher gehört: Sed si vir rescierit, rem suam esse, priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit nec volet, et hoc et mulier noverit interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo facte donationis ipsius mulieris scientia. Propius autem est, ut nullum acquisitioni dominii ejus afferat impedimentum: non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factae acquirere prohibitae sunt.

Wenn in dieser Stelle die Interpunktion dahin verändert wird, daß das Punktum bei mulieris scientia in ein Fragezeichen verwandelt wird, so enthält sie den Satz, daß die Usukapion nicht unterbrochen wird, sondern die Frau die Sache ihres Ehemannes erwerben kann. Wir fassen die Stelle sonach so auf: Ein Dritter schenkt der Frau eine Sache ihres Mannes, nun erfahren beide den Sachverhalt, ohne daß der Mann gegen die Frau auf Herausgabe derselben auftritt; es fragt sich, ob dadurch nicht der Besitz unterbrochen wird, weil durch das Wissen der Frau selbst eine Schenkung des Mannes entstanden ist? Es ist aber richtiger, daß der Erwerbung dadurch kein

Hinderniß bereitet wird, denn den Frauen ist nicht überhaupt verboten, aus dem Vermögen ihrer Männer sondern nur aus einer von ihnen gemachten Schenkung zu erwerben. Unseres Erachtens leugnet der Jurist, daß in dem gesetzten Fall eine wahre Schenkung vorliegt. Dieser Auffassung steht auch nicht das Präteritum **transiit** entgegen, denn so wie wir wenn auch nicht ganz exakt, sagen können: übergegangen ist, ebenso konnte der Röm. Jurist sich bestimmt ausdrücken, wie überhaupt auf gramatikalische Wendungen in solcher Richtung kein besonderer Nachdruck gelegt werden darf, da in dieser Beziehung das **Corpus juris** an Ungenauigkeiten und Incorrektheiten bekanntermaßen nicht selten leidet. Wir glauben deßhalb darauf keinen Werth legen zu können, daß die Stelle den Ausdruck **transiit** gebraucht, während vielleicht **transeat** correkter gewesen wäre; wir sehen also in der assertorischen Fassung des Satzes **quia** u. s. w. keinen Grund um ihn nicht als einen Theil des in Frage gestellten Satzes zu betrachten und gehen davon aus, daß der Jurist die Frage aufwirft, ob durch das Wissen der Frau eine Schenkung des Mannes entstehe, die den Besitz unterbreche? Diese Frage wird verneint in den Worten: **non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factae acquirere prohibitae sunt**, aus welchen deutlich erhellt, daß keine Schenkung angenommen wird. Diese Entscheidung kommt auch mit den allgemeinen Grundsätzen überein, die wir oben kennen gelernt haben. Wir haben gesehen, daß in dem Zulassen der Ersitzung keine Veräußerung enthalten sei, somit auch keine Schenkung zu der wesentlich eine Veräußerung gehört, wir haben gesehen, daß für die Ersitzung an und für sich das Wissen oder Nichtwissen, wenn dasselbe einmal begonnen hat, nach röm. Recht von keiner Erheblichkeit ist, und haben gesehen, daß das Zulassen des wissenden Mannes die Verjährung nicht unterbricht. Weiter ist zu beachten, daß die Kundnahme der Frau auch gar keinen Werth rechtlich haben kann, da die Ersitzung schon begonnen hat, somit auch der Erwerb schon begonnen hat, bevor sie von dem Eigenthum des Mannes Kenntniß erhalten hat und für die Ersitzung diese nachherige Erfahrung ganz irrelevant ist. Savigny

hat hingegen mit unleugbarem Scharfsinn eine andere Deutung gegeben, die derselben einen geradezu entgegengesetzten Inhalt verleiht. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgegeben von F. C. v. Savigny, C. J. Eichhorn, v. J. F. L. Göschen I. S. 270 ff., u. System des heutigen R. R. Bd. IV. S. 575 ff., er sieht in der Stelle zwei Fälle 1) den Fall, daß beide Ehegatten von dem Eigenthum des Mannes erfahren 2) den Fall, daß nur die Frau davon erfährt. Er kommt auf diese Unterscheidung dadurch, daß er die Worte ipsius mulieris scientia zu dem nachfolgenden Satz zieht. Allein unseres Erachtens hat schon der Recensent in den Heidelb. Jahrb. S. 107 9. Jahrg. so gewichtige Bedenken gegen diese Interpunktationsweise vorgebracht, die auch durch das, was Savigny in seinem Systeme l. c. gegen unsere Ansicht vorbringt, nicht entkräftet worden sind. Wir differiren nämlich von dem Recensenten, daß derselbe neben der Schenkung des dritten eine solche des Mannes erkennt, während wir letztere leugnen. Deßhalb treffen uns auch nicht die Gründe, die Savigny in dieser Beziehung gegen die Ansicht des anonymen Recensenten geltend macht. Außerdem aber sind die in dem letztern angeführten Argumente gegen die Savigny'sche Aenderung von einer Kraft, daß sie wohl schwerlich aufgewogen werden durch die wenn auch sehr scharfsinnige Interpretation desselben. Unseres Erachtens enthält somit die l. 44 in dem uns hier interressirenden Theil nur den Fall, daß beide Ehegatten von dem Eigenthume des Mannes an der von der Frau im Usukapionsbesitz befindlichen Sache Kenntniß erhalten und entscheidet der Jurist, daß hiedurch die Ersitzung nicht unterbrochen wird, da auch keine wahre Schenkung des Mannes da ist, welch' letzterer Grund mit dem oben aufgestellten Grundsatz im Einklang steht, daß die stillschweigende Zulassung eines Erwerbs durch Ersitzung keine Veräußerung, somit auch keine Schenkung involvirt. Eine andre Frage aber besteht darin, ob in dem zuletzt unterstellten Fall des beiderseitigen Wissens nicht, wie im Fall des einseitigen Wissens von Seiten des Mannes, eine Condiktio dem Manne zugestanden werden müsse; und diese Frage wird zu bejahen sein, da auch hier, wenn der Ehegatte, um das Schenkungs-

verbot zu umgehen, die Vindikation unterläßt, er in fraudem legis handelt, da auch hier wieder zwar der Buchstabe des Gesetzes gewahrt wird, während der Sache nach gerade das gethan wird, was das Gesetz verbietet, insofern der Ehegatte durch den Gebrauch der Vindikation es in der Hand hat, dem drohenden Verlust bez. der eintretenden Bereicherung zuvorzukommen.

Wir schließen hiermit die Untersuchung über die Frage, ob die Veräußerung eine Mitwirkung des Willens unbedingt erfordere und ob derselbe auch dann vorhanden sei, wenn zwar der Erwerb an und für sich die Concurrenz eines Willens nicht erfordere, aber doch im concreten Falle dieselbe stattfindet; wir haben gefunden, daß hiedurch keine Veräußerung im technischen Sinne geschaffen werde, daß hingegen der hinzutretende Wille unter Umständen eine Klage auf Herausgabe des unter der Connivenz des Verlierenden vor sich gehenden Erwerbs erzeugt; wir haben ferner gesehen, daß, weil keine wahre Veräußerung, auch keine wahre Schenkung existire und konsequenter Weise müssen wir auch in Abrede ziehen, daß die besondern Grundsätze, die bei den Schenkungen gelten, bei ihnen Anwendung finden können, so daß wir uns im Resultat im vollständigen Einverständniß mit dem befinden, was C. G. Wächter in seinem würt. Privatrecht II. S. 641 namentlich in der Anmerkung über diese Frage sagt.

IX.

Der Fortschritt und Sieg der freieren Beweiswürdigung im badischen Civilprozeß.

Von

Herrn Ed. Brauer,
Hofgerichtsrath in Bruchsal.

Daß auch im bürgerlichen Prozeß eine freiere Beweiswürdigung eintreten muß und eintreten wird, erscheint uns im Ganzen genommen, abgesehen von der Frage über das Maß